

DOM

afsagt den 14. marts 2014 af Vestre Landsrets 13. afdeling (dommerne Henrik Twilhøj, Elisabeth Mejnertz og Trine Riise (kst.)) i 1. instanssag

V.L. B-2589-12 og V.L. B-2590-12

Fagforeningen Danmark som mandatar for A og B

(advokat Jens Brøbeck Gregersen, Esbjerg)

mod

Dansk Industri som mandatar for DS Smith Packaging Denmark A/S

(advokat Thomas Nielsen, København)

Biintervenient: Landsorganisationen i Danmark

(advokat Ane K. Lorentzen, København)

Disse sager, der er anlagt den 16. august 2012 ved Retten i Kolding, er ved kendelse af 17. oktober 2012 henvist til behandling ved Vestre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagsøgerne, A og B, var begge ansat hos sagsøgte, DS Smith Packaging Denmark A/S. De var begge sygemeldt i en periode i 2011 og 2012 og fik i perioden alene udbetalt sygedagpenge. Deres ansættelsesforhold var omfattet af den såkaldte Emballageoverenskomst. Spørgsmålet er i første række, om der i Emballageoverenskomsten i relation til udbetaling af sygeløn er hjemmel til at forskelsbehandle ansatte, som er medlemmer af de overenskomstbærende forbund, og ansatte der - som A og B - er medlemmer af et andet forbund, således at medlemmer af de overenskomstbærende forbund har ret til sygeløn svarende til satsen for sygedagpenge med tillæg af supplerende sygehjælp, mens andre ansatte alene har krav på sygeløn svarende til satsen for sygedagpenge. I bekræftende fald er spørgsmålet herefter, om en sådan forskelsbehandling er i strid med foreningsfrihedsloven, således som den må fortolkes i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 om foreningsfrihed. En-

delig er det spørgsmålet, om det har været berettiget at modregne for meget udbetalt sygeløn i senere lønudbetalinger.

Påstande

Fagforeningen Danmark har som mandatar for A nedlagt påstand om, at DS Smith Packaging Denmark A/S (herefter selskabet) skal betale 39.774 kr. med procesrente fra den 16. august 2012.

Fagforeningen Danmark har som mandatar for B nedlagt påstand om, at selskabet skal betale 28.936 kr. med procesrente fra den 16. august 2012.

Dansk Industri har som mandatar for selskabet påstået frifindelse.

Biintervenienten, Landsorganisationen i Danmark, har udtalt sig til støtte for Dansk Industri.

As påstand er opgjort således:

1. Modregnet beløb	16.906,78 kr.
2. Lavere sats, sygeløn, i stedet for fuld løn	15.540,45 kr.
3. Feriepenge af 1 + 2	4.055,90 kr.
4. Fritvalgsopsparing af 1 + 2, jf. overenskomsten	324,47 kr.
5. Pension af løn m.v.	<u>2.946,21 kr.</u>
I alt	39.773,81 kr.

Bs påstand er opgjort således:

1. Modregnet beløb	17.203,13 kr.
2. Lavere sats, sygeløn, i stedet for fuld løn	6.402,48 kr.
3. Feriepenge af 1 + 2	2.950,70 kr.
4. Fritvalgsopsparing af 1 + 2, jf. overenskomsten	236,06 kr.
5. Pension af løn m.v.	<u>2.143,39 kr.</u>
I alt	28.935,76 kr.

Der er mellem parterne enighed om den talmæssige opgørelse af påstandsbeløbene.

Sagsfremstilling

B blev efter ansættelsesaftale dateret den 17. december 2007 ansat som kartonnagearbejder hos Søren Berggreen & Co. med tiltræden den 2. oktober 2006, og A blev efter ansættelsesaftale dateret den 18. juni 2008 med tiltræden den 9. januar 2008 ansat som kartonnagearbejder hos samme arbejdsgiver. Der er enighed om, at begge ansættelsesforhold efterfølgende er overdraget til selskabet.

Emballageoverenskomsten er indgået mellem DI Overenskomst I for Emballageindustrien og Plastindustrien i Danmark (herefter Dansk Industri) på den ene side og 3F Industri (Emballage) (herefter 3F) og HK/Privat (herefter HK) på den anden side.

Emballageoverenskomsten har bl.a. følgende ordlyd:

”Så længe denne overenskomst står ved magt, må ingen af de undertegnede organisationer eller disses medlemmer, enten enkeltvis eller flere i forening, forsøge på ved noget som helst middel, åbent eller skjult, at modarbejde dens bestemmelser eller fremtvinge nogen forandring deri.

...

Afsnit 1

Dækningsområde

§1 • DÆKNINGSOMRÅDE

- 1 Overenskomsten mellem DI Organisation I (i det følgende benævnt DIO I) for Emballageindustrien samt Plastindustrien i Danmark og 3f Industri (Emballage)/HK/Privat
- 2 Overenskomsten omfatter medarbejdere, som udfører arbejdsfunktioner, der indgår i emballage- og papirvareproduktionen i de af overenskomsten omfattede virksomheder
- 3 Hjelpearbejdere i bliktrykkerier omfattes ikke af overenskomsten.”

Der er enighed om, at Emballageoverenskomsten er en såkaldt områdeoverenskomst, der som hovedregel regulerer alt arbejde, som udføres under overenskomstens anvendelsesområde.

A og B var begge under deres ansættelse hos selskabet organiseret i fagforeningen Det Faglige Hus.

A og B var begge sygemeldt i en periode i slutningen af 2011 og begyndelsen af 2012. Selskabet udbetalte i første omgang fuld løn under sygdom til dem begge, men den 17. januar 2012 skrev selskabet bl.a. følgende til A og B:

”Ang. ændring af sygeløn:

Vi er blevet ringet op af den Sociale Fond, og er blevet oplyst om, at du ikke er medlem af fagforeningen 3F, derfor må jeg desværre meddele dig, at vi må regulere din sygeløn ned, således at den fremover udgør 106,49 kr./pr. time.

Desværre skal vi også regulere din sygeløn med tilbagevirkende kraft, således at vi må trække differencen mellem dagpengesatsen (som sidste år udgjorde 103,51 kr./pr. time) og din timeløn tilbage...”

Det fremgår videre af brevet til A, at differencen mellem dagpengesatsen og timelønnen for hans vedkommende udgjorde 41,54 kr. i timen, og at der skulle reguleres for 407 sygetimer i perioden fra uge 42-52. Af brevet til B fremgår, at differencen mellem dagpengesatsen og timelønnen for hans vedkommende udgjorde 46,24 kr. i timen, og at der skulle reguleres for 372,04 sygetimer i perioden fra uge 39-52.

Der er enighed om, at differencebeløbene efterfølgende er tilbagebetalt ved selskabets modregning i senere lønudbetalinger. Der er endvidere enighed om, at A og B fremadrettet alene fik udbetalt sygeløn svarende til sygedagpengesatsen.

A og Bs ansættelsesaftaler indeholder ikke bestemmelser om aflønning i forbindelse med sygdom. Spørgsmålet er derimod reguleret i Emballageoverenskomsten, der i afsnit 10 og 11 indeholder en række bestemmelser vedrørende Emballageindustriens Sociale Fond og om retten til sygeløn og supplerende sygehjælp.

Det hedder i Emballageoverenskomstens afsnit 10 og 11 bl.a.:

”Afsnit 10

Socialfond

§ 38 • EMBALLAGEINDUSTRIENS SOCIALE FOND

Den 1. januar 2000 har overenskomstparterne etableret Emballageindustriens Sociale Fond i overensstemmelse med nedenstående fondsbestemmelser.

...

Fondens formål

- 1 Fonden har til formål at yde refusion af udbetalt supplerende sygeløn til de af overenskomsten mellem DIO I og 3f Industri (Emballage)/HK/Privat omfat-

tede virksomheder, der har udbetalt sygeløn efter overenskomstens regler om sygeløn

...

Bidrag til fonden

- 8 Til finansiering af Emballageindustriens Sociale Fond vil der for arbejdsgivere, der er medlem af DIO I, blive opkrævet et bidrag til fonden pr. ansættelsesuge for samtlige medarbejdere – med undtagelse af elever – som er beskæftiget ved det af overenskomsten omfattede arbejde

...

§ 39 • SYGEHJÆLP

- 1 Retten til supplerende sygehjælp opnås efter 13 ugers aktivt medlemskab af 3f Industri (Emballage)/HK/Privat (MedieGrafisk).
- 2 Medarbejderen må overfor sin arbejdsgiver forevise gyldig dokumentation for sit aktive medlemskab af forbundet.

...

Refusion af udbetalt supplerende sygehjælp

- 9 Den af virksomheden udbetalte supplerende sygehjælp refunderes af fonden. Dog refunderes der ikke for supplerende sygehjælp for de første 5 uger (35 kalenderdage) i hvert enkelt sygdomstilfælde.

...

Afsnit 11

Sygeløn

§ 40 • SYGELØN

- 1 Idet Dagpengeloven og den sociale fonds bestemmelser i øvrigt er gældende, gælder nedenstående regler for sygeløn.

...

§ 42 • SYGELØNNENS STØRRELSE

- 1 Sygelønnen udgør sygemeldtes personlige løn på dagtur ved sygdommens indtræden.

...

§ 46 • UBERETTIGET MODTAGET SYGELØN

- 1 Har sygemeldte mod bedre vidende uberettiget modtaget sygeløn, skal det beløb, der med urette er modtaget, tilbagebetales. Har virksomheden ikke mulighed for at foretage modregning, inddrives beløbet evt. med forbundets bistand.”

Medlemsskabsbetingelsen i Emballageoverenskomstens § 39, stk. 1, stammer efter det oplyste oprindelig fra overenskomsten fra 1967 mellem Papirvareindustriens Arbejdsgiverforening og Dansk Bogbinder og Kartonnagearbejder Forbund, hvoraf fremgik et krav om mindst 3 måneders medlemskab af forbundet som betingelse for sygeunderstøttelse.

Parterne har foretaget forskellige beregninger til belysning af, hvilken økonomisk betydning et medlemskab af de overenskomstbærende forbund har i relation til sygeløn. Efter beregningerne vil en medarbejder, der er medlem af fagforeningen Det Faglige Hus, få udbetalt 322,13

kr. mindre i sygeløn pr. dag end en medarbejder, der er medlem af 3F. Der er enighed om, at et medlemskab af 3F er dyrere end et medlemskab af fagforeningen Det Faglige Hus.

Forklaringer

B har forklaret, at han kom til Danmark fra Kosovo i 1992. Han er ikke længere ansat i selskabet. I 2011 havde han en længere sygeperiode, hvor han fik udbetalt sin sædvanlige løn. Da han i begyndelsen af 2012 fik brev om, at han havde fået udbetalt for meget i sygeløn, og at han skulle betale det, han havde modtaget for meget, tilbage, kontaktede han sin fagforening. Det overraskede ham, at han skulle behandles anderledes end sine kolleger, der var medlemmer af 3F. Han overvejede at melde sig ind i 3F. Han ombestemte sig imidlertid efter, at han havde været i kontakt med Det Faglige Hus. Fra januar 2012 fik han alene udbetalt sygeløn svarende til sygedagpengesatsen, og selskabet modregnede det beløb, han havde fået udbetalt for meget i sygeløn i 2011, i senere lønudbetalinger. I en periode var den månedlige lønudbetaling så lille, at den ikke kunne dække hans udgifter. Selskabet foretog modregning uden aftale med ham. Han startede på arbejde igen efter at have været sygemeldt i godt 3 måneder. Han var ikke bekendt med, at han ikke havde ret til fuld løn under sygdom, og kendte ikke Emballageoverenskomstens bestemmelser.

A har forklaret, at han på samme måde som B ikke kunne forstå, at han var dårligere stillet end sine kolleger, der var medlemmer af 3F. Han overvejede at skifte fagforening. Han havde ikke kendskab til Emballageoverenskomstens bestemmelser om sygeløn og var ikke klar over, at han ikke havde ret til fuld løn under sygdom.

Mogens Juul har forklaret, at han er økonomidirektør i selskabet. I 2009 blev han ansat som produktionsdirektør i selskabet, som har 8 fabrikker i Danmark med i alt omkring 700 ansatte, hvoraf ca. 450 er timelønnede, og de øvrige er funktionærer. Den koncern, som selskabet er en del af, har på verdensplan ca. 22.000 ansatte.

A og B var ansat på selskabets fabrik i Vejle. Selskabet interesserer sig ved ansættelser ikke for, hvilken fagforening medarbejderne er medlemmer af. Lønnen er den samme for alle ansatte uanset fagforeningstilknytning. Selskabet udbetalte sygeløn til A og B, fordi selskabet ikke var opmærksom på, at de ikke var medlemmer af 3F. Det fandt selskabet ud af, da Emballageindustriens Sociale Fond afviste at yde refusion af supplerende sygehjælp. Hvis selskabet er bekendt med, at en ansat ikke er medlem af 3F, udbetales der ikke supplerende sy-

gehjælp, idet Emballageoverenskomstens regler følges.

Indtil den 1. januar 2013 blev lønforholdene for selskabets ansatte forhandlet kollektivt gennem tillidsrepræsentanterne, som repræsenterer alle medarbejdere uanset fagforeningstilknytning. Nu forhandles løn og andre arbejdsvilkår for selskabets ansatte individuelt, og en ansat, som ikke er medlem af 3F/HK, vil kunne aftale supplerende sygehjælp. Både før og efter den 1. januar 2013 har det teoretisk set været muligt for medarbejdere, som ikke er medlemmer af 3F, at forhandle sig til fuld løn under sygdom, men ingen tillidsrepræsentanter har stillet forslag om, at adgangen til supplerende sygehjælp skulle udvides til alle ansatte. Tillidsrepræsentanterne har generelt ikke stillet forslag om vilkår, der vil medføre særlige fordele for enkelte medarbejdere. Selskabet er som udgangspunkt åben over for alle forslag til lokalaftaler. Han er bekendt med, at der på selskabets fabrik i Grenå er indgået en lokalafteale om udvidet fratrædelsesgodtgørelse for alle medarbejdere. Der er endnu ikke indgået individuelle aftaler om særvilkår for enkelte medarbejdere. De aftaler, som indgås lokalt, supplerer Emballageoverenskomsten.

Det forhold, at selskabet alene modtager refusion af supplerende sygehjælp for ansatte, der er medlemmer af 3F/HK, betyder, at det vil blive dyrere for selskabet at have ansatte, som ikke er medlemmer heraf, hvis sagerne får det udfald, at selskabet skal betale supplerende sygehjælp under sygdom til alle ansatte uanset fagforeningsmedlemskab.

Han var ikke bekendt med, at 3F på en tavle i en af selskabets kantiner havde opslået en beregning af den økonomiske fordel i relation til sygeløn ved at være medlem af 3F, men han har ikke noget imod opslaget.

Selskabet har pga. en fejl begået af en vikar udbetalt fuld løn til B for ca. 180 sygetimer i 2012 efter henvendelsen fra Emballageindustriens Sociale Fond.

Karsten Almosetoft har forklaret, at han er sekretariatsleder i Dansk Industri. Han har været ansvarlig for Emballageoverenskomsten siden 1999. Han har også før 1999 arbejdet med Emballageoverenskomsten og dens forløber. Emballageoverenskomsten blev først en selvstændig overenskomst i 1995. I 2000 var han med på sidelinien, da Emballageoverenskomsten blev forhandlet, og i 2004, 2007, 2010 og 2012 var han chefforhandler. Siden 1999 har han ført 44 faglige voldgifter vedrørende Emballageoverenskomsten. Han har siddet i bestyrelsen for Emballageindustriens Sociale Fond siden 1989.

Det fremgår af Emballageoverenskomstens § 39, stk. 1, at kun ansatte, som er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund, har ret til supplerende sygehjælp. Efter Emballageoverenskomsten er sygelønnen den ansattes almindelige dagtursløn. Sygelønnen er summen af sygedagpengesatsen og den supplerende sygehjælp. Overenskomstparterne har altid været enige om, at alene ansatte, som er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund, har ret til supplerende sygehjælp. Overenskomsten er gennem årene blevet administreret i overensstemmelse hermed.

Virksomhederne kan ringe til Emballageindustriens Sociale Fond for at få oplyst, om en ansat er medlem af et af de overenskomstbærende forbund. Emballageindustriens Sociale Fond yder alene refusion af udbetalt supplerende sygehjælp til medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Emballageindustriens Sociale Fond kan ikke blot beslutte tillige at yde refusion af supplerende sygehjælp til ansatte, som ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund. En sådan beslutning kræver en ændring af overenskomsten.

Han går ud fra, at forskelsbehandlingen i overenskomsten i relation til sygeløn fra 3F/HK's side tjener til at tilbyde egne medlemmer gode vilkår i overenskomsterne.

Virksomhederne betaler bidrag til Emballageindustriens Sociale Fond for alle medarbejdere uanset fagforeningstilknytning. Hvis fagforeningen Det Faglige Hus får medhold i sagen, kan virksomhederne fortsat ikke få refunderet udgifter til supplerende sygehjælp til ansatte, som ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund. Det vil herefter blive dyrere for virksomhederne at have medarbejdere ansat, som ikke er medlemmer af et af de overbærende forbund, i forhold til at have medarbejdere ansat, som er medlemmer af et af disse forbund.

Dansk Industri har for nylig ført en voldgiftssag om bl.a. Emballageoverenskomstens uddannelsesfond. Alle medarbejdere har uanset fagforeningstilknytning ret til 14 dages uddannelse med fuld løn. Dansk Industri fik ved voldgiften ikke medhold i, at der skal udbetales lønrefusion fra Emballageindustriens Sociale Fond for ansatte, som ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund, uanset at der også betales bidrag til fonden for disse medarbejdere. Inden voldgiftssagen blev anlagt, havde Dansk Industri forgæves forsøgt at få 3F til at acceptere, at der også skulle ske refusion fra fonden af løn udbetalt til medarbejdere, der ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund.

Mindstelønssatsen i Emballageoverenskomsten § 70 gælder for alle ansatte, uanset organisationsforhold. På virksomhederne finder der desuden individuelle eller kollektive lønforhandlinger sted. Han tror ikke, at der er medarbejdere i den grafiske branche, som alene får mindstelønnen. En medarbejder, som er organiseret i Det Faglige Hus, kan godt under lønforhandlinger med sin arbejdsgiver aftale fuld løn under sygdom. Tillidsrepræsentanten repræsenterer alle medarbejdere, men vil normalt være medlem af 3F, da tillidsrepræsentanten skal godkendes af dette forbund. De fleste kartonnagearbejdere er medlemmer af 3F eller HK. Nogle virksomheder har valgt at betale fuld løn under sygdom til alle medarbejdere uanset fagforeningstilknytning.

Det gennemsnitlige sygefravær for alle kartonnagearbejdere var i 2011 6,06 %. Hvis en medarbejder ikke har ret mange sygedage, kan det være en økonomisk fordel at være medlem af fagforeningen Det Faglige Hus frem for at være medlem af 3F, idet besparelsen på fagforeningskontingentet overstiger den supplerende sygehjælp.

Det er ikke usædvanligt, at overenskomster giver særlige vilkår til medarbejdere, som er medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Lederaftalen indeholder flere bestemmelser herom. Industriens Funktionæroverenskomst, der danner baggrund for øvrige overenskomster på det private arbejdsmarked, er et andet eksempel.

Dansk Industri har mange forhandlingsmodparter. Efter Emballageoverenskomsten kan Dansk Industri ikke indgå overenskomst med Det Faglige Hus på emballageområdet. Henvisningen i Emballageoverenskomstens § 40 til dagpengeloven medfører, at en medarbejder alene har krav på sygedagpenge, hvis reglerne i dagpengeloven er opfyldt.

Peter Andersen har forklaret, at han har været forhandlingssekretær i 3F siden 2005. Fra 2000-2005 var han forretningsfører i SID. Han har siden 1986 arbejdet med Emballageoverenskomsten på forbundssiden. Han sidder i bestyrelsen for Emballageindustriens Sociale Fond og har de fleste mæglingssmøder på Emballageoverenskomstens område.

Hovedreglen er, at Emballageoverenskomsten stiller alle medarbejdere ens uanset fagforeningstilknytning. En lokalaftale stiller også typisk medarbejdere på et område ens. Emballageoverenskomstens § 39 giver medlemmer af 3F ret til fuld sygeløn, mens andre medarbejdere alene har ret til sygedagpenge.

Overenskomstparterne er enige om, at alene medarbejdere, der er medlemmer af 3F, har ret til supplerende sygehjælp, og overenskomsten administreres også i overensstemmelse hermed. Det samme gælder bestemmelsen om, at Emballageindustriens Sociale Fond alene yder refusion for supplerende sygehjælp udbetalt til medlemmer af 3F/HK

Målet med overenskomstforhandlingerne er at opnå så gode vilkår som muligt for egne medlemmer. En overenskomst kan derfor indeholde særvilkår for medarbejdere, som er medlemmer af de overenskomstbærende forbund, og som via deres kontigent betaler for overenskomstforhandlingerne.

Også andre overenskomster på det danske arbejdsmarked giver særrettigheder til de overenskomstbærende forbunds medlemmer, herunder ret til fuld løn under sygdom. Emballageoverenskomsten giver medlemmer af de overenskomstbærende forbund ret til fuld løn under sygdom i en usædvanlig lang periode.

Procedure

Fagforeningen Danmark har til støtte for A og Bs påstande overordnet gjort gældende, at de objektivt set har været udsat for forskelsbehandling begrundet i fagforeningsforhold, idet selskabet i forbindelse med, at selskabet krævede tilbagebetaling af allerede udbetalt sygeløn og fremadrettet nedsatte sygelønnen, direkte henviste til deres manglende medlemskab af 3F.

Fagforeningen Danmark har henvist til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 11. januar 2006 (Sørensen og Rasmussen mod Danmark), hvori det blev fastslået, at eksklusivbestemmelser er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, og at den danske stat har pligt til at beskytte den negative foreningsfrihed. Dommen førte til, at foreningsfrihedsloven blev ændret, således at det af lovens § 4c, stk. 1, nu fremgår, at bestemmelser i kollektive overenskomster, der forpligter en arbejdsgiver til udelukkende eller fortrinsvis at beskæftige lønmodtagere, der er medlemmer af en bestemt faglig organisation, er ugyldige. Bestemmelsen i foreningsfrihedslovens § 4c må på baggrund af Menneskerettighedskonventionens artikel 11 og Menneskerettighedsdomstolens praksis forstås således, at den tillige forbyder bestemmelser i en overenskomst, der de facto har karakter af en eksklusivbestemmelse, således at forstå at den reelt binder en lønmodtager til at være medlem af den overenskomstbærende fagforening. Det bestrides ikke, at overenskomstparterne i et vist omfang kan indgå aftaler om særvilkår under ansættelsen for de overenskomstbærende organisa-

tioners medlemmer, men lovgivningen og herunder foreningsfrihedsloven sætter en grænse for, hvor lukrative sådanne særvilkår må være. Når særvilkårene er egnede til at påvirke valget af fagforening, er der tale om ulovlige eksklusivbestemmelser. Emballageoverenskomstens bestemmelser om sygeløn og Emballageindustriens Sociale Fond er, således som bestemmelserne praktiseres af selskabet og overenskomstparterne, for ethvert ansættelsesforhold så væsentlige forhold, at de er egnede til indirekte at tvinge lønmodtagerne til at være medlem af den overenskomtbærende organisation. Bestemmelserne har dermed karakter af lovstridige og ugyldige eksklusivbestemmelser. Det bør herved indgå med stor vægt, at Emballageoverenskomsten er en områdeoverenskomst, som dækker alle medarbejdere uanset fagforeningstilknytning. Det er ikke en mulighed, at der kan indgås parallelloverenskomst eller individuelle aftaler, der sikrer andre end de overenskomtbærende organisationers medlemmer i relation til sygeløn. Forskelsbehandlingen i Emballageoverenskomsten i relation til sygeløn er ikke sagligt begrundet, henset til at virksomhederne skal indbetale bidrag til Emballageindustriens Sociale Fond for alle medarbejdere uanset fagforeningstilknytning. Den forskelsbehandling, som finder sted, kan alene opretholdes som følge af overenskomstparternes monopol på at overenskomstdække emballageområdet. Monopolet misbruges til at sikre de overenskomtbærende organisationers medlemmer særlige fordele, hvilket er en skævvridning af ansættelsesområdet og ude af trit med de principper om ret til foreningsfrihed, som navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fastslået. De økonomiske beregninger i sagen viser, at der set over et længere forløb kan være meget stor forskel på, hvad medarbejdere, der er medlemmer af et af de overenskomtbærende forbund, og andre medarbejdere får udbetalt i sygeløn. I den forbindelse må der også henses til de andre bestemmelser i emballageoverenskomsten, der tilsyneladende hjemler en forskelsbehandling, navnlig barselsreglerne. Udgiften til fagforeningskontingent er ikke relevant i forbindelse med beregningerne. Både A og B har overvejet at skifte fagforening af økonomiske årsager.

Fagforeningen Danmark har endvidere gjort gældende, at selskabets forskelsbehandling af medarbejderne i relation til udbetaling af sygeløn ikke har den fornødne hjemmel i emballageoverenskomstens afsnit 11 om sygeløn og afsnit 10 om social fond.

Fagforeningen Danmark har til støtte herfor anført, at forskelsbehandlingen for at have virkning over for medarbejderne må kræve udtrykkelig hjemmel, især fordi Emballageoverenskomsten er en områdeoverenskomst, der som udgangspunkt gælder alle medarbejdere inden for overenskomstens område uanset fagforeningstilknytning. Overenskomstens afsnit 11, der regulerer størrelsen af den sygeløn, der skal udbetales, indeholder ingen bestemmelser om, at

lønmodtagere er stillet forskelligt alt efter, om de er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund eller ej. A og B har derfor ikke af overenskomstens ordlyd kunnet udlede, at de ikke havde krav på supplerende sygehjælp. En kutyme eller praksis kan ikke udgøre det fornødne hjemmelsgrundlag, uanset hvor længe denne kutyme eller praksis måtte være fulgt. Et så væsentligt indgreb som en reduktion af lønnen må kræve fuldstændig klar hjemmel i selve aftaleteksten, således at lønreduktionen er kendt og påregnelig for lønmodtagerne. Det bestrides i øvrigt, at der foreligger kutyme eller praksis for forskelsbehandlingen. Selskabet har da også udbetalt supplerende sygehjælp til B efter, at denne sag er opstået.

Vedrørende spørgsmålet om tilbagebetaling har Fagforeningen Danmark gjort gældende, at selskabet under alle omstændigheder har været uberettiget til at modregne den supplerende sygehjælp, som rent faktisk er udbetalt til A og B i 2011, i senere lønudbetalinger. Selv om det er udgangspunktet, at den, som har betalt for meget, har krav på at få det for meget udbetalte tilbage, gælder dette dog ikke, hvis et tilbagebetalingskrav ville være urimeligt eller særlig byrdefuldt. Efter Emballageoverenskomstens § 46 er lønmodtagerens viden afgørende for muligheden for tilbagesøgning. A og B har modtaget sygelønnen i god tro, og det ville således være urimelig byrdefuldt at pålægge dem at tilbagebetale beløbet.

Selskabet har til støtte for sin påstand for det første gjort gældende, at det forhold, at supplerende sygehjælp forbeholdes medlemmer af de overenskomstbærende forbund, ikke er i strid med foreningsfrihedsloven.

Selskabet har til støtte herfor anført, at der lovligt på arbejdsmarkedet kan indgås overenskomster, der rummer særlige fordele for medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Foreningsfrihedsloven regulerer efter sin ordlyd og sit formål ikke pligt- og rettighedsforhold under selve ansættelsen, hvilket fremgår helt klart af forarbejderne til lovændringen i 2006, som blev gennemført netop for at opfylde Menneskerettighedsdomstolens dom af 11. januar 2006, som ikke omfatter forskelsbehandling pga. foreningsforhold under ansættelsen. Foreningsfrihedslovens regulering er begrænset til et forbud mod, at der lægges vægt på foreningsforhold ved ansættelse og afskedigelse af medarbejdere. Det har ikke været lovgivers intention, at der skal være en grænse for omfanget af særvilkår under ansættelsen. Ved Faglig Voldgift af 27. november 2012 mellem Dansk Industri og 3F/HK vedrørende Emballageoverenskomsten blev det fastslået, at foreningsfrihedsloven ikke er til hinder for, at medlemmer og ikke-medlemmer af en organisation behandles forskelligt under ansættelsen. Det blev endvidere slået fast, at det danske overenskomsts system ofte vil indebære en sådan forskelsbehand-

ling, idet medlemskab af den overenskomstbærende organisation vil kunne have væsentlig indflydelse på de rettigheder og forpligtelser, som følger af et ansættelsesforhold. Hvis A og B får medhold i denne sag, vil det betyde, at virksomhederne skal betale supplerende sygehjælp til alle medarbejdere uden at kunne få refusion fra Emballageindustriens Sociale Fond for udgifter til medarbejdere, der ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund. Konsekvensen heraf vil være, at det bliver væsentligt dyrere for virksomhederne at have medarbejdere ansat, som ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund, og det vil netop være i strid med foreningsfrihedsloven.

Dansk Industri har endvidere gjort gældende, at de omhandlede overenskomstbestemmelser ikke er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, idet de ikke på nogen måde kan anses for at udgøre en eksklusivaftale.

Til støtte herfor har Dansk Industri anført, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol generelt overlader medlemsstaterne en vid skønsmargin i spørgsmål om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet. Det fremgår af betænkning nr. 1220 fra 1991 om inkorporering af EMK i dansk ret, at domstolene må udvise tilbageholdenhed med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen, i hvert fald hvor det som her vil kunne få meget vidtrækkende konsekvenser. A og B er ikke underlagt noget økonomisk pres ved ikke at modtage supplerende sygehjælp. Ved at undlade medlemskab af de overenskomstbærende forbund opnår de tværtimod en økonomisk besparelse set i forhold til den manglende udbetaling af en gennemsnitlig årlig supplerende sygehjælp. Spørgsmålet om ydelser under f.eks. barsel har ikke relevans for det rejste krav om sygeløn og bør derfor ikke indgå ved bedømmelsen af sagen. A og B har ikke været forhindrede i som led i en almindelig lønforhandling at fremsætte krav om løn under sygdom. Fagforeningen Det Faglige Hus har endvidere mulighed for konflikte sig til en overenskomst på emballageområdet.

Dansk Industri har dernæst gjort gældende, at der foreligger en udtrykkelig hjemmel i emballageoverenskomstens § 40, stk. 1, og § 39, stk. 1, for selskabet til ikke at betale A og B supplerende sygehjælp. Betingelsen om medlemskab af et af de overenskomstbærende forbund for ret til supplerende sygehjælp har været en udtrykkelig del af overenskomsten i mange år, og hjemlen følger derfor under alle omstændigheder af overenskomstparternes praksis, som er bindende for alle medarbejdere. A og B er i kraft af at være omfattet af Emballageoverenskomsten bundet af overenskomstens regulering, hvad enten dette sker gennem positive bestemmelser i overenskomsten eller gennem den praksis, som overenskomstens parter har ud-

øvet i tilknytning hertil.

Vedrørende spørgsmålet om tilbagebetaling har Dansk Industri gjort gældende, at A og B modtog supplerende sygehjælp uden at have ret til det. Selskabets modregning i senere lønudbetalinger var derfor fuldt ud berettiget. Alle betingelser for modregning er opfyldt, og Emballageoverenskomstens § 46 indeholder udtrykkelig hjemmel til tilbagesøgning ved modregning. A og B modtog den supplerende sygehjælp i ond tro, idet de vidste eller burde vide, at de efter Emballageoverenskomsten ikke var berettigede til supplerende sygehjælp.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det er ubestridt, at Emballageoverenskomsten, der er en områdeoverenskomst, var gældende for A og Bs ansættelsesforhold, selvom de ikke var medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund. Selskabets forpligtelser efter Emballageoverenskomsten var således, med mindre andet var bestemt i overenskomsten, de samme i forhold til alle medarbejdere dækket af overenskomsten uanset medlemskab af et af de overenskomstbærende forbund.

Efter ordlyden af Emballageoverenskomstens § 39, stk. 1, har kun ansatte med mindst 3 måneders aktivt medlemskab af 3F eller HK/Privat ret til supplerende sygehjælp. Efter sammenhængen mellem denne bestemmelse og § 40, stk. 1, hvorefter dagpengeloven og den sociale fonds bestemmelser sammen med overenskomstens regler er gældende for sygeløn, har selskabet haft hjemmel til alene at udbetale sygedagpenge og ikke sygeløn til A og B.

Karsten Almosetoft og Peter Andersen, der begge har arbejdet med Emballageoverenskomsten i mange år, har forklaret, at en sådan ordlydsfortolkning også svarer til overenskomstparternes forståelse og administration af overenskomsten, hvilket landsretten lægger til grund. Herefter, og da det er ubestridt, at A og B har fået udbetalt sygedagpenge, har de ikke efter Emballageoverenskomsten krav på yderligere sygeløn.

Spørgsmålet er herefter, om den forskelsbehandling, som Emballageoverenskomsten hjemler, er i strid med foreningsfrihedsloven, herunder således som den må fortolkes på baggrund af den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11.

Foreningsfrihedsloven blev vedtaget i 1982 bl.a. på baggrund af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13. august 1981 i sag nr. 44, Young, James og Webster (British

Rail). Ved denne dom blev det fastslået, at artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention også i visse situationer beskytter den negative foreningsfrihed.

Foreningsfrihedsloven er senest blevet ændret i 2006 på baggrund Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 11. januar 2006 i sag nr. 52562/99 og 52620/99 (Sørensen og Rasmussen mod Danmark), som fastslog, at Danmark ved at tillade eksklusivaftaler havde svigtet forpligtelsen i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 til at beskytte klagernes negative fagforeningsfrihed. I beskæftigelsesministerens forslag til ændringer i foreningsfrihedsloven, fremsat den 2. februar 2006, blev nugældende § 4b og § 4c indsat. Det fremgår af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, at den foreslåede udvidelse af den negative foreningsfrihed havde til formål at bringe foreningsfrihedsloven i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11, således som den er fortolket ved Menneskerettighedsdomstolens afgørelse af 11. januar 2006. Det fremgår videre, at lovforslaget skulle sikre lønmodtagere beskyttelse af deres fagforeningsfrihed i forbindelse med ansættelse og afskedigelse.

Under den efterfølgende høringsproces tilkendegav Kristelig Fagbevægelse, at man fandt, at lovforslaget ikke sikrede den fulde foreningsfrihed på arbejdsmarkedet, og at der også var behov for et forbud mod diskrimination på grund af foreningsforhold under ansættelsen. Af høringsnotat af 21. februar 2006 fra Beskæftigelsesministeriet fremgår bl.a:

”...

Gennemførelse af et generelt diskriminationsforbud i forbindelse med foreningsforhold vil være at gå længere end dommen fra Menneskerettighedsdomstolen tilsiger. Et absolut forbud mod at lægge vægt på foreningsforhold under ansættelsen vil kunne gøre det vanskeligt for organisationerne og arbejdsgiverne at agere i forhold til de indgåede overenskomster...”

Af beskæftigelsesministerens besvarelse fra marts 2006 af spørgsmål fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg fremgår bl.a.:

”...

Jeg er ikke enig med Kristelig Fagbevægelse i de foreslåede ændringer. Lovforslaget har alene til formål at opfylde dommen fra Menneskerettighedsdomstolen – hverken mere eller mindre. Dommen vedrører beskyttelse af foreningsfriheden i forbindelse med ansættelse og afskedigelse, og derfor går lovforslaget ikke videre end det.

Indførelse af et generelt diskriminationsforbud i forbindelse med foreningsforhold ville være at gå længere end dommen fra Menneskerettighedsdomstolen tilsiger...”

Foreningsfrihedsloven tager efter sin ordlyd og udtrykkeligt efter forarbejderne alene sigte på at beskytte fforeningsfriheden i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. Foreningsfrihedsloven indeholder derimod ikke et forbud imod forskelsbehandling under ansættelsen.

Der er ikke holdepunkter for at antage, at foreningsfrihedsloven ikke efter ændringen i 2006 er i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11. Selvom Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 beskytter den negative foreningsfrihed, er der således ikke grundlag for at antage, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er til hinder for, at manglende medlemskab af en bestemt forening kan have negative konsekvenser under ansættelsesforholdet, således som det er tilfældet i denne sag.

Det er herefter ikke i strid med foreningsfrihedsloven, at Emballageoverenskomsten i et vist omfang hjemler en forskelsbehandling under ansættelsesforholdet mellem ansatte, der er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund, og ansatte der - som A og B - er medlemmer af et andet forbund. Landsretten finder endvidere, at den forskelsbehandling, som Emballageoverenskomstens afsnit 10 og 11 har medført i de konkrete sager, ikke er et udtryk for, at A og B er blevet ramt af en de facto eksklusivbestemmelse i strid med foreningsfrihedsloven, således som denne må fortolkes i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11.

Vedrørende spørgsmålet om tilbagebetaling er der enighed om, at A og B i 2011 fik udbetalt henholdsvis 16.906,78 kr. og 17.203,13 kr. i supplerende sygehjælp, som efterfølgende er tilbagebetalt ved selskabets modregning i senere lønudbetalinger.

A og B var efter det anførte ikke berettigede til supplerende sygehjælp, og selskabet kunne derfor efter reglerne om *condictio indebiti* som udgangspunkt kræve det for meget udbetalte tilbage, med mindre tilbagebetalingskravet konkret ville være urimeligt. Det følger endvidere af Emballageoverenskomstens § 46, at et beløb, der er modtaget med urette, skal tilbagebetales, hvis det er modtaget mod bedre vidende.

Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at selskabet, der er en stor industrivirksomhed, har udbetalt supplerende sygehjælp til A og Bs uden forinden at undersøge, om de var medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund og dermed berettiget til supplerende sygehjælp. Efter bevisførelsen, herunder A og Bs forklaringer, kan det ikke lægges til grund, at de vidste eller burde vide, at de ikke havde krav på supplerende sygehjælp.

Under disse omstændigheder finder landsretten, at selskabet ikke har været berettiget til at kræve den for meget udbetalte sygehjælp tilbage. Det var derfor uberettiget, at selskabet foretog modregning i A og Bs efterfølgende krav på løn.

As påstand tages derfor til følge med 16.906,78 kr., og Bs påstand tages til følge med 17.203,13 kr.

Fagforeningen Danmark skal som mandatar for A og B betale sagsomkostninger til DS Smith Packaging Denmark A/S med 40.000 kr. til dækning af udgiften til advokatbistand. Beløbet er uden moms, da DS Smith Packaging Denmark A/S er momsregistreret. Ved fastsættelsen af omkostningsbeløbet er der lagt vægt på sagens udfald, værdi, forløb og omfang. Der er særligt lagt vægt på, at Fagforeningen Danmark som mandatar for A og B ikke har fået medhold i den principielle del af sagen.

Der findes ikke grundlag for at tillægge biintervenienten sagsomkostninger.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, DS Smith Packaging Denmark A/S, skal til sagsøgeren, A, betale 16.906,78 kr. og til sagsøgeren, B, betale 17.203,13 kr. med procesrente fra den 16. august 2012.

Fagforeningen Danmark skal som mandatar for A og B betale sagsomkostninger til Dansk Industri som mandatar for DS Smith Packaging Denmark A/S med 40.000 kr.

Det idømte skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.